

R-DCA-0019-2019

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las nueve horas cuarenta y nueve minutos del diez de enero de dos mil diecinueve.-----

Recurso de apelación interpuesto por **CONSTRUCCIONES AFG DEL CARIBE S.A.** en contra del acto de adjudicación dictado en la **CONTRATACION DIRECTA NUMERO 08-2018** promovida por la **Junta de Educación de la Escuela Manuel María Gutiérrez**, para la adquisición de mano de obra para la “Construcción de la Escuela Manuel Ma. Gutiérrez Zamora de Guácimo”, recaído a favor de la empresa **CONSTRUCTORA JIMENEZ Y CORDOBA S.R.L** por un monto de **¢175.327.579,22** (ciento setenta y cinco millones trescientos veintisiete mil quinientos setenta y nueve colones con veintidós céntimos).-----

RESULTANDO:

I.- Que la empresa **CONSTRUCCIONES AFG DEL CARIBE S.A.** presentó en fecha dos de noviembre de dos mil dieciocho, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la contratación de referencia. -----

II. Que por medio de auto de las nueve horas trece minutos del seis de noviembre de dos mil dieciocho, se solicitó el expediente administrativo de la contratación, enviando la Junta contratante, copia certificada de este según consta en oficio sin número de fecha ocho de noviembre de dos mil dieciocho, visible a folio 30 del expediente de recurso de apelación.-----

III. Que por medio de auto de las siete horas treinta minutos del quince de noviembre del dos mil dieciocho, se otorgó audiencia inicial a la Junta y a la empresa adjudicada respecto a los alegatos expuestos en el recurso, lo cual fue atendido en tiempo por ambas partes, por medio de escritos agregados al expediente de recurso de apelación.-----

IV. Que por medio de auto de las once horas seis minutos el veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho, se otorgó audiencia especial a la Administración, la cual fue atendida en tiempo, por medio de escritos agregados al expediente de recurso de apelación.-----

V. Que la presente resolución se dicta dentro del término de ley y en su trámite se han observado las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes.-----

CONSIDERANDO

I. Hechos Probados: Para la resolución del presente asunto se ha tenido a la vista la copia certificada del expediente administrativo de la contratación y se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** El informe técnico de fecha 17 de octubre de 2018, emitido

por el Ingeniero Jonathan Loaiza Salas, indica respecto de la oferta de la empresa apelante: *“...La empresa CONSTRUCCIONES AFG DEL CARIBE S.A., tiene un puntaje de 95 y cumple con los requerimientos legales, financieros y técnicos, establecidos en el presente cartel, por lo que resulta elegible y susceptible de una eventual adjudicación. No es la mejor calificada, pero si es la que cobra menos, ¢164.688.593,10 una diferencia de ¢10.942.371,90, con la mejor oferta, pero al estar más cerca del margen ruinoso, que asciende a ¢152.290.418,48, se debe ser más cauteloso y analizar otros aspectos como lo es que su competidor directo tiene más experiencia con DIEE y una mejor puntuación...”*. En ese mismo informe, la empresa apelante tiene los siguientes puntajes: EXPERIENCIA DE LA EMPRESA 15% EXPERIENCIA POSITIVA 10% GARANTIA DEL TRABAJO 10%, PLAZO DE ENTREGA 10%, OFERTA ECONOMICA 50% PARA UN TOTAL DE 95%. En el rubro de experiencia positiva la empresa apelante obtuvo según indica el informe técnico: Presenta 3 proyectos con cartas, por lo que se le otorgan 10 puntos. La oferta de la empresa adjudicada presenta los siguientes puntajes. EXPERIENCIA DE LA EMPRESA 15% EXPERIENCIA POSITIVA 15% GARANTIA DEL TRABAJO 10%, PLAZO DE ENTREGA 10%, OFERTA ECONOMICA 46,91%, PARA UN TOTAL DE 96,91%. La oferta de JAIME MANUEL MORA HENRIQUEZ obtuvo la siguiente puntuación: EXPERIENCIA DE LA EMPRESA 15% EXPERIENCIA POSITIVA 15% GARANTIA DEL TRABAJO 10%, PLAZO DE ENTREGA 10%, OFERTA ECONOMICA 41,46%, PARA UN TOTAL DE 91,46%. Sobre la oferta de Jaime Manuel Mora Hernández, se indicó: *“...Aún y cuando la empresa JAIME MANUEL MORA HENRIQUEZ tiene el puntaje para ser tomada en cuenta, el precio de la oferta, que asciende a ¢198.598.380,00, según el artículo 30, del Reglamento a la ley de Contratación Administrativa, es un precio inaceptable, según el punto c), el precio excede la disponibilidad presupuestaria, ya que el monto total para la construcción de la primera etapa de la Escuela de Guácimo, cuenta con un máximo de C4999.092.599,57 (sic). Incluyendo materiales y mano de obra, el monto ofertado por la empresa es aproximadamente de un 39,8% del monto del presupuesto total, por lo que excede el monto máximo a conceder por mano de obra, según presupuesto detallado. Por lo que **NO** se recomienda la contratación...”* (ver folios del 323 al 334 del expediente administrativo remitido en copia). **2)** Que la oferta de la empresa apelante, presenta en su oferta un apartado denominado EXPERIENCIA COMPROBADA, en el cual se observan cuatro constancias: 1-la emitida por Lauren Hernández García, Presidente de la Junta Educación Escuela El Molino, la cual indica: *“... tengo el agrado de recomendar al Sr. Asdrúbal Fallas Granados (...) representante*

legal de la empresa Construcciones AFG del Caribe S.A. (...) el Sr. Fallas se le adjudicó el contrato CD-003-DIEE-2016 por contratación de mano de obra para la realización de las obras de infraestructura requeridas en el Centro Educativo El Molino, las mismas, se adjudicaron por un monto estimado de ¢171.000.000,00 colones ...”. 2- La emitida por Lady Umaña Villalobos, Vicepresidente de la Junta Administrativa del Colegio Académico de Jiménez que indica: “... hace constar que hemos contratado al Señor Asdrúbal Fallas Granados (...) representante legal de la empresa Construcciones AFG del Caribe S.A. (...), Un pabellón con un área de construcción de 492m2 con un valor de mano de obra por ¢46.687.187,50. En este momento se encuentra terminado y entregada a entera satisfacción de la junta (...)”. 3- La emitida por Deifilia Rojas Rodríguez, Presidenta Junta de Educación Escuela el Encanto que indica “... hemos contratado al Señor Asdrúbal Fallas Granados (...) representante legal de la empresa Construcciones AFG del Caribe S.A. (...) Contratación de mano de obra para la realización de las obras requeridas de infraestructura en el centro educativo El Encanto por un monto de ¢137.384.798, 81 colones. En estos momentos se encuentra terminada y fue entregada el 24 de agosto del 2016 a entera satisfacción...”. 4- La emitida por el Arquitecto Umaña Guevara, MBA que en lo que interesa indica: “...El suscrito Arq. Mario Umaña Guevara, cédula 110680331, hago constar que hemos contratado al Señor Asdrúbal Fallas Granados, cédula de identidad (...) representante legal de la empresa Construcciones AFG del Caribe S.A. (...) En el año 2012, el Sr. Fallas construyó la Tienda Sinaí en Sarapiquí, la misma cuenta con un área de 684 metros cuadrados distribuidos en 3 niveles, siendo esta en términos económicos una cotización de ¢254.000.000, importante aclarar que el propietario de la construcción encargó a la oficina consultora la realización de un concurso para la realización del proyecto y Don Asdrúbal fue elegido y por lo tanto se le contrató, terminado la obra a entera satisfacción de las partes... Se extiende la presente a los diez días del mes de octubre del año dos mil dieciocho.....”, (ver folios 47, 58, 67 y 112 de la copia certificada del expediente administrativo). **3)** En la oferta de la empresa adjudica, se observan los siguientes precios en las siguientes actividades:-----

Elemento	Sub total	Total
Comedor 216 m2	16,435,158.11	20,543,947.64
Laboratorio de cómputo 72 m2	4,999,779.25	6,249,724.06
Aula Académica 72 m2	3,723,088.98	4,653,861.22
Edificio de dos plantas	71,793,412.34	89,741,765.42
Obras complementarias	-	38,444,396.95
Escaleras edificio 2 niveles	12,717,815.77	15,897,269.71

(ver folios 131 al 137 de la copia certificada del expediente administrativo). **4)** Documento del Ingeniero Civil Jonathan Loaiza Salas, sin fecha ni firma y que se entiende dirigido a la empresa adjudicada que indica: “...Se coloca la sumatoria de las cargas sociales al final de cada cuadro, presentando un subtotal con el monto de la mano de obra y un total con ya la sumatoria realizada, se debe presentar de nuevo los cuadros con los valores de las cargas sociales ya incluidos en los costos unitarios por actividad (ronda el 20% de cada actividad según lo analizado), ya que a la hora de pagar de ser elegidos, no se podrá estimar el monto a cancelar en total. Eliminar por ende el subtotal de los cuadros, y corregit (sic) a la vez el punto 1 y dos en conjunto...”, (ver folio 180 de la copia certificada del expediente administrativo). **5)** Consta en folios del 181 al 192 de la copia certificada del expediente administrativo, documento denominado Explicación de los procedimientos constructivos (metodología de trabajo), ocho folios de tabla de pagos de actividades, observándose en ellos las denominaciones: Cuadro No. 1 MATRIZ DE CATEGORIZACION (obras a realizar), CUADRO No. 3 forma de presentar tabla de pagos. Además consta documento denominado DECLARACION JURADA. **6)** La fecha de apertura de ofertas fue el 11 de octubre de 2018, según consta en copia del expediente administrativo en folios 33 y 34. -----

II. Sobre la audiencia final de conclusiones: Siendo que en el presente caso, se cuenta con suficiente argumentación para resolver el presente asunto, la cual ha sido debidamente analizada por este Despacho, se prescinde del otorgamiento de la audiencia final de conclusiones prevista en el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la cual es facultativa para este órgano contralor otorgarla, aspecto que conviene señalarlo a las partes.-----

III. Sobre la legitimación de la empresa CONSTRUCCIONES AFG DEL CARIBE S.A. Como primer punto para efectos de la resolución del recurso presentado, resulta necesario determinar la legitimación de la firma recurrente, ello atendiendo a las disposiciones del artículo 184 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que dispone que el recurso de apelación podrá ser interpuesto por aquel que ostente un interés legítimo actual, propio y directo. Ello implica además, que como parte de esa legitimación, se impone para el recurrente demostrar su mejor derecho a la adjudicación, en el sentido que de prosperar sus argumentos, sería eventualmente susceptible de la adjudicación. Es por ello, que como parte del análisis de este órgano contralor, se impone analizar la posibilidad que tendría el recurrente de hacerse con la adjudicación, lo cual será analizado de seguido. **La apelante**

señala que su oferta no fue seleccionada a pesar de su menor precio y cumplir con los intereses de la Administración. Agrega que los factores de evaluación eran: -----

Criterio	Porcentaje
Antecedentes y referencias de la empresa.	30
Garantía.	10
Plazo de entrega.	10
Oferta económica por la construcción de los edificios.	50
TOTAL	100%

Adiciona que en experiencia positiva 15% consistía en obras de infraestructura DIEE o con instituciones del estado y con características similares de la siguiente manera: -----

Experiencia de la Empresa	Puntos
Cuatro proyectos o más.	15
Tres proyectos.	10
Dos proyectos.	5
Un proyecto o menos.	0

Expone que el informe técnico le otorgó a su empresa en experiencia positiva 10 puntos (ver folio 5 del expediente de recurso de apelación), y adiciona que según ese informe, su representada no cumplió con haber aportado cuatro o más cartas con infraestructura DIEE o bien infraestructura pública y con características similares. Indica que el informe técnico estableció que *“La Empresa Construcciones AFG del Caribe S.A, tiene un puntaje de 95 y cumple con los requerimientos legales, financieros y técnicos, establecidos en el presente cartel, por lo que resulta elegible y susceptible de una eventual adjudicación. No es la mejor calificada, pero si es la que cobra menos, ¢164.688.593,10 una diferencia de ¢10.942.371,90, con la mejor oferta, pero al estar más cerca del margen ruinoso, que asciende a ¢152.290.418,48, se debe ser más cauteloso y analizar otros aspectos como lo es que su competidor directo tiene más experiencia con DIEE y una mejor puntuación (...)”* Añade que si se analiza la definición del alcance que debe entenderse por experiencia positiva, queda claro en primera instancia que era experiencia con proyectos DIEE, pero cuando dice que sino con otras instituciones públicas y luego incluye también la experiencia “con características similares”, llama a entender que los proyectos con características similares también eran admisibles como experiencia positiva, tan es así que el cuadro de calificaciones dice que “Cuatro proyectos o mas – 15%” por lo que quien ofrece bajo estos términos, puede aportar experiencia válida que provenga de proyectos similares a las características del DIEE o de las instituciones públicas. Que no fue sino en el informe técnico que se enteran de que esa “y” debía interpretarse dentro de los proyectos del Estado. Que eso lo fundamentan con un análisis técnico de una experta en filología María Fernanda

Sanabria Coto, de la Asociación Costarricense de Filólogos. Que cabe recordar que no se hace durante el proceso previo a la presentación de ofertas ninguna aclaración al respecto. Refiere que conviene analizar el texto con detenimiento para el correcto uso de la conjunción “Y” de acuerdo al análisis técnico de la experta en filología, en este texto corresponde a una conjunción copulativa, donde el tema principal de la oración es la “experiencia en proyectos”. Alega que diferente hubiera sido que la frase no utilizara “Y” pues diría: Se tomarán en cuenta la experiencia de la empresa en (1) proyectos DICE o <Conjunción disyuntiva, que indica que se puede admitir una cosa u otra con (2) otras instituciones del Estado con características similares. Que de esta última manera, hubiera sido muy claro para el oferente que la Administración buscaba dos clases de experiencia, y que la segunda clase la experiencia con instituciones del Estado debía tener características similares, pero similares ¿A qué?, que tampoco fue clara la Administración realmente porque no lo indica. Para la recurrente la cláusula da para varias interpretaciones de acuerdo con el informe técnico que refiere adjuntar. Transcribe lo que es de su interés de varias resoluciones de este órgano contralor, para indicar que una cláusula de cartel con varias interpretaciones, no puede limitar la libre participación e igualdad, lo que devendría improcedente. Que a lo largo del proceso de contratación, en reuniones o visitas de campo, no se clarificó el tema, ni se sustentó la obligación de tener experiencia en proyectos DICE o empresas públicas. Que por el contrario partiendo de la interpretación más probable y natural del texto consignado en el requisito de experiencia positiva del cartel, misma interpretación que era la más acorde a los principios de libre competencia e igualdad, la cláusula de experiencia se puede comprender de manera integral, que la misma busca satisfacer el mejor interés para la Administración y la mejor satisfacción del interés público, siempre dentro de los principios de igualdad y libre participación. Expone la recurrente que ofrecieron cuatro cartas a saber:-----

Proyecto	Fecha	Descripción	Area M ²
Escuela El Molino	Feb 2018	Se hizo el comedor, cuatro aulas, biblioteca y aula administrativa, baños, etc.	2,213 m ²
Colegio Académico Jiménez	2016	5 aulas y baños	492 m ²
Escuela el Encanto	2016	5 aulas, laboratorio, baños, comedor, vestíbulos, etc.	1932 m ²
Tienda SINAY **	2012	Edificio de tres plantas completo.	684 m ²

** Esta experiencia fue descalificada como no positiva.

Manifiesta la recurrente que primero se analiza íntegramente lo que pide el cartel, que en primera instancia es experiencia en general (pública y privada), esto para considerar los años de experiencia, aspecto que fue cumplido por el oferente (página 10 del Informe Página 8 de 21 Técnico). Que si el cartel aceptaba la experiencia en general tanto pública como del DIEE, y además aceptaba experiencia similar, considerando que parte del objeto contractual es un edificio de dos plantas, se aportó una carta en ese sentido, por lo que no sería justo, que luego sean excluidos, por una interpretación subjetiva para favorecer a otro oferente con el agravante de que está cobrando una suma aproximada de 10 millones más. Que al interpretar el clausulado del cartel de forma integral, no fue seleccionada la oferta que mejor se ajustaba a los intereses de la Administración. Que su experiencia integralmente se ajusta a lo requerido por el cartel, superando incluso el problema de ambigüedad que tiene el rubro de experiencia positiva, por lo que la misma satisface el interés de la Administración de asegurarse que quien le vaya a contratar sus servicios es una persona o empresa capacitada para llevar a cabo las obras, sin perjuicio de la garantía que ya de por sí fue ofrecida en la plica. Que el informe técnico en el apartado de la opinión técnica sobre su oferta, es poco fundamentado, primero dice que su oferta es elegible y susceptible de una eventual adjudicación, pero luego dice que “no es la mejor calificada” no imprime un criterio técnico que implique por qué motivo la construcción de un edificio de tres plantas, una obra con un costo de ₡254,000,000 millones de colones y de 684 m² no es mejor calificada, solo porque su interpretación sin fundamento de la experiencia debía ser en obra pública o del DIEE. Que luego le indica la Junta de forma sombría, que su oferta está más cerca del margen ruinoso. Al respecto, la recurrente indica que la ley contempla los remedios para tales circunstancias y se está o no en ruinosidad de acuerdo con criterios técnicos, no comprendiendo que si cerca se refiere a un colón de diferencia o 12 millones de diferencia y qué se refiere con ser “más cauteloso”. Que a todas luces se intentó favorecer una oferta más costosa, desvirtuando su experiencia que es igualmente válida. **La Administración** al atender audiencia inicial, expuso sobre la plica de la recurrente que obtuvo un puntaje de 95 y cumple con los requerimientos legales, financieros y técnicos, establecidos en el presente cartel, por lo que resulta elegible y susceptible de una eventual adjudicación. No es la mejor calificada, pero si es la que cobra menos, ₡164.688.593,10, una diferencia de ₡10.942.371,90, con la mejor oferta, pero está más cerca del margen ruinoso, que asciende a ₡152.290.418,48, lo que podría eventualmente representar un riesgo en caso de que no pueda por algún imprevisto financieramente hacer frente a la contratación. Manifiesta que

una vez tomada en cuenta toda la información aportada por las empresas en sus ofertas en primera instancia, así como la aportada como aclaraciones, las cuales fueron satisfactorias en su totalidad, la recomendación técnica y a la cual se adhirieron fue adjudicar a la empresa CONSTRUCTORA JIMENEZ Y CORDOBA S.R.L. la mano de obra de la contratación directa No. 08-2018, para la construcción de la Primera Etapa de la escuela Manuel María Gutiérrez Zamora, ya que posee la mejor puntuación y mayor experiencia, que la diferencia de experiencia se da por la mayor experiencia positiva de esta empresa, lo que comprende la experiencia de la empresa en proyectos DIEE o con otras instituciones del estado y con características similares, totalmente terminadas (de inicio a fin) y adjuntando documentación que lo compruebe. Es decir que de acuerdo al criterio técnico que comparte la Junta de Educación, este tipo de experiencia brinda más seguridad que la empresa cumplirá a cabalidad con el proyecto. Visible a folio 42 del expediente de recurso de apelación, se observa cuadro de puntuación de ofertas. Añade que el Reglamento de Contratación Administrativa incorpora al estudio de las plicas, un elemento de acatamiento obligatorio, donde determina que se deben excluir del concurso las ofertas que presenten un precio inaceptable, ya sea por ser oneroso o excesivo en relación con los precios normales del mercado o por encima de una justa o razonable utilidad; o en cambio por ser ruinoso o no remunerativo para el oferente. Que para definir parámetros de ruinosidad y de onerosidad para el proyecto en cuestión, se toma en cuenta el presupuesto detallado realizados por los profesionales acreditados para el proyecto y revisado por la Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo (D.I.E.E) del Ministerio de Educación Pública (M.E.P.). Presenta la tabla resumen con detalle, a folio 43 del expediente de recurso de apelación. Añade que en esa tabla, se resumen todos los costos asociados a la Mano de Obra por cada una de las líneas a contratar. El valor correspondiente presupuestado es de ₡169.211.576,09. Este dato es el Costo Presupuestado oficial para las labores del proyecto. Dicho monto se presenta con el fin de que la Junta de Educación tenga claro el valor de los trabajos que va a contratar para ser tomado como referencia a la hora de sopesar los montos ofertados por los diferentes proveedores de Mano de Obra involucrados en la licitación. Una vez definido el rubro de Mano de Obra, es la tarea establecer parámetros que permitan delimitar los márgenes máximos y mínimos del proyecto. Que para ese efecto, se muestra una tabla que define los porcentajes considerados para la estimación de ofertas onerosas y para ofertas ruinosas, así como el cálculo de los montos asociados, todo esto con base al criterio técnico

y a la experiencia en la ejecución de proyectos de similar índole, donde se estima un +/- 10% del Costo Presupuestado del proyecto como índice de referencia:-----

Estimaciones de parámetros para Mano de Obra según Costo del Proyecto		
Margen Oneroso	₡169.211.576,09 X 110%	₡186.132.733,70
Margen Ruinoso	₡169.211.576,09 X 90%	₡152.290.418,48

Aporta además tabla comparativa con todos los criterios y los montos ofertados -----

Comparación de Ofertas	
JAIME MANUEL MORA HENRIQUEZ	₡198.598.380,00
MARGEN ONEROSO	₡186.132.733,70
CONSTRUCTORA JIMENEZ Y CORDOBA S.R.L.	₡175.530.965,00
Costo Presupuestado - - - - -	₡169.211.576,09
CONSTRUCCIONES AFG DEL CARIBE S.A.	₡164.688.593,10
MARGEN RUINOSO	₡152.290.418,48

Una vez revisados todos los aspectos legales y de admisibilidad, así como los documentos de subsanación solicitados, se determina que dos (2) las ofertas se adaptan a los márgenes definidos por lo que ambas se consideran como adjudicables por costo (aún se deben analizar los restantes factores), debido a que están entre el Margen Ruinoso y el Margen Oneroso, no superando ninguno de estos, más una empresa, Juan Manuel Mora Henríquez, se determina ONEROSA, debido a que está por encima del margen establecido. Expuso además la Junta en su respuesta, el análisis de oferta efectuado a cada una de las ofertas, así como el sistema de evaluación de ofertas, los puntajes obtenidos por los participantes siendo el resultado: -----

	JAIME MANUEL MORA HENRIQUEZ.	CONSTRUCCIONES AFG DEL CARIBE S.A.	CONSTRUCTORA JIMENEZ Y CORDOBA S.R.L.
ASPECTOS POR EVALUAR	PUNTOS OBTENIDOS		
EXPERIENCIA DE LA EMPRESA	15	15	15
EXPERIENCIA POSITIVA	15	10	15
GARANTÍA DEL TRABAJO	10	10	10
PLAZO DE ENTREGA	10	10	10
OFERTA ECONÓMICA	41.46	50	46.91
SUMATORIA	91.46	95	96.91

advirtiendo lo siguiente: Las ofertas presentadas a concurso cumplen con los requerimientos legales, financieros y técnicos, establecidos en el presente cartel, por lo que resultan elegibles y susceptibles de una eventual adjudicación. Al sumar los porcentajes anteriores, la

oferta que obtenga la mayor calificación será la adjudicada. Siempre y cuando dicha calificación no sea inferior al 70% de total. Por ende, según el análisis realizado, de las empresas solo una No cumple con todos los requerimientos exigidos, datos que se exponen a continuación: JAIME MANUEL MORA HENRIQUEZ.: i. Excede el presupuesto en su punto Oneroso que es de ₡186.132.733,70, ya que su oferta asciende a los ₡198.598.380,00. ii. Además, en el espacio de Escaleras Edificio 2 Niveles, se realiza la revisión y se encuentra un error en la sumatoria final de los costos en esta actividad, encontrando una diferencia de ₡3.618.000,00 que no se incluyen, por lo que la oferta real final sería de ₡202.216.380,00.

La Adjudicataria: Atiende la audiencia inicial, remitiendo tres escritos: el primero de ellos por medio de fax, cinco folios, firmado, pero no se remite su original (ver folios del 62 al 67), el segundo de ellos, fax que no ingresa de manera completa, visible a folios del 68 al 70 del mismo expediente. Por último, un correo electrónico, el cual contiene el NI 30747, respuesta de audiencia inicial un escrito que tiene una sola firma digital, la de Belzert Angélica Espinoza Cruz, quien refiere auténtica las firmas de Ever Rodolfo Jiménez Barahona y David Córdoba. Siendo entonces que no se remite a este órgano contralor el documento físico original del documento que ingresa completo vía fax, y siendo que el documento que ingresa digitalmente por correo electrónico, no contiene la firma digital de los señores Ever Rodolfo Jiménez Barahona y David Córdoba, y al no manifestarse que la Licenciada de cita quien si firma digitalmente el escrito, ostente algún poder de representación de los señores indicados o la sociedad que representan, (al menos eso no se expresa en el escrito remitido), se considera que ninguno de los documentos remitidos contienen firma física o digital de sus emisores, por lo que al carecer todos ellos de la misma), genera que este órgano contralor no pueda considerar como atendida la audiencia inicial, no siendo tampoco de recibo los alegatos o manifestaciones efectuadas por la empresa adjudicada. **Criterio de División:** El primer aspecto a considerar es respecto de la oferta de la empresa apelante, en este sentido el criterio técnico dispuso que la misma está cerca del margen ruinoso (ver hecho probado 1), siendo importante rescatar, que este órgano contralor no encuentra que en ese mismo criterio, se haya excluido la oferta de la recurrente por esa razón, sino que más bien ocupa el segundo lugar en puntuación con un 95% de frente a la adjudicada que obtuvo un 96,91. Asimismo, la oferta de JAIME MANUEL MORA HERNANDEZ obtuvo una puntuación de 91.46. No obstante respecto de esta última oferta sí se indicó además que no se recomienda la adjudicación (ver hecho probado 1). Advertido lo anterior, se entiende que básicamente la disconformidad de la empresa apelante, se centra en la posible lectura que haya hecho la

Administración al cartel, en específico en el rubro de experiencia positiva que se puntuaba con un 15%, según dispuso el cartel el cual indicó: *EXPERIENCIA POSITIVA (15%) Se tomarán en cuenta la experiencia de la empresa en proyectos DIEE ó con otras instituciones del estado y con características similares, **totalmente terminadas** (de inicio a fin) y adjuntando documentación que lo compruebe. Indica además ese rubro: Cuatro proyectos o más 15 puntos, tres proyectos 10 puntos, dos proyectos cinco puntos y un proyecto o menos cero puntos,* (ver folio 26 de la copia certificada del expediente administrativo). Expone la apelante en su recurso su lectura particular del cartel en ese rubro, según lo detallado supra, y en su criterio, era viable que se considerara a efectos de esa experiencia, aquella adicional a proyectos DIEE o con instituciones del Estado, de donde se extrae que la manifestación de la apelante es que no se le reconoció el proyecto denominado como Tienda SINAY, referida en su recurso de apelación. Se procede entonces a revisar el cartel, y se tiene que los rubros que el sistema de evaluación puntuaba eran: Experiencia de la empresa 15%, Experiencia positiva 15%, garantía del trabajo 10%, plazo de entrega 10% y oferta económica para la construcción del edificio 50% (ver folios 25 al 27 de la copia certificada del expediente administrativo, el rubro de expediente positiva se puntuaba conforme lo ya transcrito supra). En ese sentido, considera esta División que la lectura que debe hacerse al cartel para el rubro de experiencia positiva -y sin que ello deba presumirse que esta División está realizando una interpretación de su contenido-, es en función de su sentido literal, que lo que se debía acreditar para obtener puntaje era acreditar la realización de proyectos DIEE, o proyectos de otras instituciones del Estado, pero cuando el cartel señala “y con características similares totalmente terminadas”, se entiende que lo que se persigue es acreditar proyectos DIEE o de otras instituciones del Estado y que estos sean los que tengan las características similares al licitado. No se desprende de la letra cartelaria que haya pretendido se acreditaran proyectos similares al licitado pero efectuados para un sector diferente al DIEE o institución estatal, sea como lo pretende hacer ver el recurrente, para un proyecto privado. A ese extremo de interpretación no considera esta División que llegue la letra cartelaria, ni que la lectura que se deba hacer es la expresada por la recurrente, lo cual apoya en criterio de filóloga. En cuanto a qué debe entenderse por obras similares, llama la atención de este órgano contralor que la apelante exponga esa duda en su escrito, cuando ya tiene valorados proyectos en sede administrativa y puntuados, (ver hecho probado 1) respecto de los cuales no manifiesta disconformidad. No obstante señala esta División que en una integración cartelaria, se entiende que resultarían ser aquellos similares a los del

objeto a contratar, descrito en el cartel mismo, entre otros folios 4 y 5 del pliego de condiciones. En ese sentido, siendo que la empresa apelante, lo que pretende es que se le acredite como experiencia positiva el proyecto denominado Tienda SINAY, o al menos eso es lo que entiende esta División de sus manifestaciones de apelación, por ser el único proyecto que no refiere ser DIEE o de institución pública en su recurso, (folio 9 del expediente de recurso de apelación), y en el tanto tiene acreditados 10% por tres proyectos según criterio técnico (ver hecho probado 1) que se entiende son los proyectos hechos para Juntas de Educación (ver hecho probado 2), procede indicar que este proyecto particular no resulta de recibo para puntuar más de esa experiencia, pues de conformidad con lo indicado en el hecho probado 2, se trata de un proyecto efectuado para el Arq. Mario Umaña Guevara, a quien se le construyó la Tienda Sinaí en Sarapiquí, por lo tanto, no se trata de un proyecto efectuado para la DIEE ni fue hecho para una institución estatal ni mucho menos, puede ser equiparado a infraestructura educativa, por lo tanto, ante las consideraciones expuestas, el mismo no cumple a efectos de obtener puntuación en el rubro de experiencia positiva, siendo entonces que no hay puntaje adicional que sumar a la apelante del ya concedido por la Junta contratante de un 10% en ese rubro, tal y como se indicó obtuvo la empresa en sede administrativa, según lo detallado en hecho probado 1. En ese sentido, la empresa apelante mantendría un puntaje de 95% de frente a la sociedad adjudicada que tiene un total de 96,91%, careciendo entonces la apelante de mejor derecho para la readjudicación del concurso, siendo procedente **declarar sin lugar** el recurso por improcedencia manifiesta conforme se hace de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en lo que interesa indica: *“...Supuestos de improcedencia manifiesta. El recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, en cualquier momento del procedimiento en que se advierta, en los siguientes casos: (...) b) Cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso, no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación...”*. Ello por la razón que el recurrente no ha acreditado efectivamente su mejor derecho a la adjudicación, al demostrarse que no supera en puntaje a la adjudicataria.-----

IV. Sobre la condición de la oferta adjudicataria. Sobre los componentes de cargas sociales. Si bien la apelante, tal y como se explicó en el apartado anterior, no ostenta la legitimación necesaria para recurrir, lo cierto es que este órgano contralor, en virtud de sus

facultades y competencias de fiscalización superior de la Hacienda Pública, y con fundamento en el artículo 28 de su Ley Orgánica, considera necesario referirse a continuación, respecto a la condición de la oferta de la adjudicataria, lo anterior por cuanto se le han imputado incumplimientos. Así, se analiza el incumplimiento de no incluir las cargas sociales como lo indica la Ley. Al respecto, **la apelante** menciona en su recurso que en folios del 6 al 12 de la oferta adjudicada, al final de las tablas de pago suministradas, incluye el subtotal de costo de las obras y un total luego con un 25% de cargas sociales. Remite a un ejemplo cuadro de folio 14 del expediente de recurso de apelación, para agregar que la omisión del pago completo de las cargas sociales se evidencia del mismo informe técnico donde el ingeniero indica: *“...Se coloca la sumatoria de las cargas sociales al final de cada cuadro, presentando un sub total con el monto de mano de obra y un total con ya la sumatoria realizada, se debe presentar de nuevo los cuadros con los valores de las cargas sociales, ya incluidos en los costos unitarios por actividad (ronda el 20% de cada actividad según lo analizado), ya que a la hora de pagar de ser elegidos, no se podría estimar el monto a cancelar en total...”*. Argumenta la apelante que el informe es complaciente e irresponsable de acuerdo a un proceso de valoración totalmente sesgado tendiente a favorecer esa oferta. Que el cartel fue claro en indicar que los costos debían incluir todas las cargas sociales, refiriendo el numeral 6 CONDICIONES ESPECIFICAS, (ver folio 15 del expediente de recurso de apelación). Alega que no es secreto que en Costa Rica las cargas sociales no corresponden a un 25% sino a un 26.33%, y muestra en su recurso un escenario que indica el desglose de las cargas sociales patronales en un caso de un empleado que devengue salario mensual de trescientos mil colones (figura de folio 15 mismo expediente). Que al realizar el ajuste correspondiente a lo cobrado por el oferente, aplicando las cargas sociales reales, el precio es muy diferente al que al final señala la oferta y no es el informe técnico el que debe matizar la omisión y llamar a confusión a la Junta, indicando que las cargas sociales ronda el 20% según cada actividad. Expone que si se aplica el ajuste que debió hacerse objetiva y correctamente, el valor del ajuste sería el que expone en cuadro de folio 16 del expediente de recurso de apelación y que el precio final ofertado cambia significativamente, señalando precio real de la oferta en $\text{¢}176,826,858.03$ (mismo folio 16 referido). Por último señala la recurrente que el adjudicado ofrece una subsanación y trata de ocultar ese error en complicidad con el ingeniero, enviando nuevamente todas las tablas de pagos con precios diferentes y no hace mención alguna de este problema en su declaración jurada, y la Administración le acepta una variación de oferta, violando principios de igualdad

libre competencia y probidad en la Administración de fondos públicos. **La adjudicataria** por las razones expuestas supra en el apartado anterior de esta resolución, no se tiene por atendido este extremo del recurso. **La Administración** sobre este tema, remitió al análisis efectuado por el Ingeniero Jonathan Loaiza, el cual fue referido en el hecho probado 4. **Criterio de la División:** De conformidad con los alegatos expuestos por la recurrente, en cuanto al tema de cargas sociales, procede indicar como primer aspecto a tomar en cuenta, lo que al respecto regulaba el cartel del concurso. En ese sentido se tiene que el numeral 6. **CONDICIONES ESPECIFICAS** requirió lo siguiente: *“La empresa Constructora deberá suplir todos los recursos directos e indirectos necesarios para la construcción, por lo que no se reconocerá ningún tipo de pago extra que no haya sido previsto por el consultor. Deben incluirse todos los recursos necesarios para la obra, la mano de obra, cargas sociales, vigilancia de materiales, instalaciones provisionales, baños y vestidores, bodega, equipo mayor y menor, herramientas mecánicas o eléctricas, áreas comunes, comedores, talleres y cualquier otra instalación o servicios que se requiera para la ejecución de las obras y permanencia de personal, así como el movimiento de tierra, limpieza y preparación del sitio, conexiones de servicios públicos y al final de la construcción el sitio debe de quedar libre de cualquier escombros producto de la construcción...”*, (ver folio 29 de la copia certificada del expediente administrativo. Considerando lo anterior, se observa que la oferta de la empresa adjudicada, señaló los siguientes precios, según hecho probado 3 :-----

Elemento	Sub total	Total
Comedor 216 m2	16,435,158.11	20,543,947.64
Laboratorio de cómputo 72 m2	4,999,779.25	6,249,724.06
Aula Académica 72 m2	3,723,088.98	4,653,861.22
Edificio de dos plantas	71,793,412.34	89,741,765.42
Obras complementarias	-	38,444,396.95
Escaleras edificio 2 niveles	12,717,815.77	15,897,269.71

Sobre el particular, el Ingeniero Civil Jonathan Loaiza Salas, en documento sin fecha ni firma y que se entiende dirigido a la hoy empresa adjudicada indicó: *“...Se coloca la sumatoria de las cargas sociales al final de cada cuadro, presentando un subtotal con el monto de la mano de obra y un total con ya la sumatoria realizada, se debe presentar de nuevo los cuadros con los valores de las cargas sociales ya incluidos en los costos unitarios por actividad (ronda el 20% de cada actividad según lo analizado), ya que a la hora de pagar de ser elegidos, no se podrá estimar el monto a cancelar en total. Eliminar por ende el*

subtotal de los cuadros, y corregit (sic) a la vez el punto 1 y dos en conjunto...”, (ver hecho probado 4). Se colige de lo expuesto por el mismo Ingeniero que en cuanto a cargas sociales se refiere, observa en la plica de la empresa que resultó adjudicada, un porcentaje que ronda el 20% de cada actividad, según lo analizado, análisis o porcentaje que no observa esta División fuera refutado por la empresa Constructora Jiménez y Córdoba SRL en ninguno de los documentos que presenta ante la Administración, según se detalla en hecho probado 5. Bajo ese escenario, es menester indicar la obligación que tienen tanto la Administración licitante como los oferentes, de respetar las disposiciones cartelarias de conformidad con lo regulado en el mismo, en el tanto aquel se ha convertido en el reglamento de la contratación. En ese sentido, se tiene que si el cartel exigió incluir lo respectivo a cargas sociales en el precio ofertado, ello debe hacerse conforme a derecho. A esos efectos, la empresa adjudicada debió contemplar que en tema de cargas sociales la disposición que rige actualmente incluido la fecha de apertura de ofertas que acaeció el 11 de octubre de 2018, según hecho probado 6, es la siguiente: Aportes patronales: Caja Costarricense de Seguro Social SEM 9,25%, IVM 5,08%, para un total de 14,33%. Recaudación Otras instituciones: Cuota Obrero Patronal Banco Popular 0,25%, Asignaciones Familiares 5.00%, IMAS 0,50%, INA 0,50% para un total de 7,25%. Ley de Protección al Trabajador (LPT): Aporte Patrono Banco Popular 0,25%, Fondo de Capitalización Laboral 3,00%, Fondo de Pensiones Complementarias 0.50%, INS, 1,00% para un total de 4,75%. En total porcentaje de aporte patronal 26.33%, tal y como se observa en el sitio web de la Caja Costarricense de Seguro Social: en la siguiente ruta: <https://ccss.sa.cr>, haciendo click en el apartado denominado De su interés/ luego en Calculadora personal, así como consultando el hipervínculo: <https://www.ccss.sa.cr/calculadora>. - De lo que viene dicho se tiene entonces, que la oferta de la empresa adjudicada debió contemplar en tema de cargas sociales, como mínimo un 26,33%, no obstante el análisis del ingeniero Jonathan Loaiza determina que ronda un 20%, siendo insuficiente el monto incluido por cargas sociales en la oferta, aunado a que esa manifestación de que lo que incluye en cargas sociales ronda el 20% señalado por la Administración, como se expuso supra, nunca fue desvirtuado por la empresa Construcciones Jiménez y Córdoba S.R.L, en sede administrativa al atender solicitud de información, conforme hecho probado 4. Tampoco se observa que ese 26,33% se alcance con los precios establecidos en la oferta de la empresa adjudicada, según detalle del cuadro presentado en hecho probado 3. En consecuencia, ante este incumplimiento, nos encontramos de frente a una empresa que presenta una plica que incumple con el mínimo

legal por concepto de cargas sociales, incumplimiento que la pone al margen del ordenamiento jurídico, lo que la torna en inelegible y por esa razón, el acto de adjudicación debe ser anulado. Como consecuencia de la declaratoria aquí dictada deviene innecesario al tenor de lo regulado en el artículo 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, referirse a otros aspectos del recurso, por carecer de interés para los efectos de lo que será señalado en la parte dispositiva de la presente resolución.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 85, 86 y 88 de la Ley de Contratación Administrativa, 182 y 188 inciso b) y 191, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) Declarar sin lugar el recurso de apelación** presentado por **CONSTRUCCIONES AFG DEL CARIBE S.A.** en contra del acto de adjudicación dictado en la **CONTRATACION DIRECTA NUMERO 08-2018** promovida por la **Junta de Educación de la Escuela Manuel María Gutiérrez**, para la adquisición de mano de obra para la “Construcción de la Escuela Manuel Ma. Gutiérrez Zamora de Guácimo”, recaído a favor de la empresa **CONSTRUCTORA JIMENEZ Y CORDOBA S.R.L** por un monto de **¢175.327.579,22** (ciento setenta y cinco millones trescientos veintisiete mil quinientos setenta y nueve colones con veintidós céntimos). **2) Anular de oficio el acto de adjudicación con fundamento en lo dispuesto en la presente resolución.** **3) Se da por agotada la vía administrativa de conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa. NOTIFIQUESE.** -----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Fernando Madrigal Morera
Gerente Asociado a.i

Estudio: Kathia Volio Cordero y Martina Ramírez.
Redacción: Kathia Volio Cordero.
KGVC/svc
NN: 00173(DCA-0078-2019)
NI: 28829, 29293, 30648, 30739, 31142, 30747, 31772, 31877
G: 2018003634-2

